Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Das Verhältniß der Bedingung zu der Zeitbeſtimmung iſt ſchon früher (Ziff. 23) angegeben worden.

38. Daß ſich in Folge dieſer veränderten Auffaſſung der Bedingung und ihrer ſchärferen Abgrenzung gegen die Zeitbeſtimmung auch die Begriffsbeſtimmungen von Suspenſiv- und Reſolutivbedingung ändern müſſen, ergibt ſich von ſelbſt. Allein dies in genügender Weiſe zu erörtern, würde die Schranken des mir hier gegönnten Raums weit überſchreiten. Ich muß mich daher begnügen, eine richtigere Auffaſſung des Weſens der Bedingung im allgemeinen verſucht zu haben. Ob und wieweit dieſer Verſuch als gelungen zu betrachten, darüber müſſen Andere urtheilen. Wenn Einfachheit und praktiſche Leichtigkeit der Anwendung Bürgſchaften für die Wahrheit ſind, ſo glaube ich, daß wenigſtens dieſe Bürgſchaften auf meiner Seite ſtehen. Auf jeden Fall hoffe ich ſo viel gezeigt zu haben, daß die herrſchende Auffaſſung nicht beibehalten werden kann; was den Neubau betrifft, ſo beſcheide ich mich, wenn ich auch nur

fungar vice cotis, acutum
Reddere quae ferrum valet, exsors ipsa secandi.

XIV.

Der antichretiſche Pfandgläubiger iſt nicht verbunden, ſein Pfand an die Concursmaſſe ſeines Schuldners abzuliefern.

Von

Herrn Dr. Friedrich Zimmermann,
Hofgerichts-Rath zu Gießen.

Bekanntlich wird noch immer darüber geſtritten, ob der Fauſtpfandgläubiger verbunden iſt, ſich in dem Concurſe ſeines Schuldners anzumelden, und das in ſeinem Beſitze befindliche Pfand ohne vorgängige Befriedigung an die Concursmaſſe herauszugeben. Dieſe Frage iſt nach gemeinem Rechte in verneinendem Sinne zu entſcheiden.[1]) Die nehmliche Streitfrage begegnet uns auch bei dem antichretiſchen Hypothekgläubiger, nur wird ſie hier ſeltener be-

1) Vgl. meine Abh. im Archiv für prakt. Rechtswiſſ. von Elvers ꝛc. Bd. II von 1854 Nr. 4, wo auf S. 63 bei der Angabe der Literatur noch nachzutragen iſt. Günther: Der Concurs der Gläubiger 1852 S. 88, 89.

rührt. Es dürfte daher eine nähere Untersuchung der Frage angemessen sein.

§. 1.

Die Antichresis setzt voraus, daß dem Hypothekgläubiger die verpfändete unbewegliche Sache zur Benutzung übergeben werde.[2]) Wie bei dem eigentlichen Faustpfande[3]) die bewegliche Sache dem Gläubiger übergeben wird, so geschieht dieß bei den unbeweglichen Sachen in Folge des antichretischen Vertrages. In so weit stehen also beide Rechtsverhältnisse auf gleicher Linie. Nur darin geht das Recht des antichretischen Pfandgläubigers noch weiter, als er den Besitz des Pfandes außer zum Zwecke seiner Sicherheit auch zur Benutzung erhält, während bei dem nackten Faustpfande der erstgenannte Zweck der alleinige ist. Im römischen Rechte findet sich nun ganz entschieden ausgesprochen, daß der antichretische Pfandgläubiger so lange die possessio des Pfandes behalte, bis er vollständig befriedigt sei.[4]) Außerdem ist es gewiß, daß die hypothekarische Klage, (ohne Ausnahme eines Falles, wie bei der rei vindicatio) von dem Besitzer; nicht angestellt werden kann, es widerspricht dieß dem Wesen der dinglichen Klage, wenn eine körperliche Sache deren Gegenstand bildet.[5]) Der besitzende Pfandgläubiger kann daher zur Klage gegen die nicht besitzende Concursmasse nicht genöthigt werden, da er eine solche Klage gar nicht hat.

§. 2.

Die Schriftsteller, welche die Frage meist nur bei dem Faustpfandgläubiger berühren, und nur mit einzelnen Ausnahmen auch an das Verhältniß des antichretischen Pfandgläubigers denken, stützen sich auf die von Franc. Salgado de Somoza aufgestellte Meinung.[6]) Dieser wirft alle Besitzer und Inhaber von Sachen,

2) Zachar. Pitiscus. De antichresi. Erford. 1690. Th. X.

3) Fr. 238 §. 1 D. de verb. sig. unde etiam videri potest, verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui. §. 7 I. de act. (IV. 6) maxime, si mobilis sit. —

4) Fr. 11 §. 1 D. de pignor (XX. 1) eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec pecunia solvatur.

5) §. 2, 4, 6, 7. I. de act. (IV. 6) Vgl. meine Abh. in der Zeitschrift für Civilr. u. Pr. N. F. Bd. XI Hft. 2.

6) Labyrinthus creditorum concurrentium. Lugduni 1672. P. I. cap. 11 pag. 87 nr. 1. ut puta, quando rem habet in pignus pro suo credito, seu

an welchen dem Cridar das Eigenthum zusteht, zusammen und behauptet, daß Alle wegen des universale judicium des Concurses die Sachen in die Concursmasse abliefern und daselbst ihre Forderungen geltend machen müßten. Man bildete, gestützt auf diese Autorität, für den deutschen Concursprozeß die Lehre von der Universalität des Concurses aus[7]), ohne dabei zu bedenken, daß man hierdurch dem Wesen der materiellen Rechtsverfolgungsmittel nicht in den Weg treten konnte wozu vielmehr ein specielles Gesetz gehört haben würde. Nun soll aber durch den Concursprozeß ein allgemeines Provocationsverfahren eingeleitet werden; durch die Edictalladung werden sämmtliche Personen aufgefordert, ihre Klagen gegen den Cridar, und die an dessen Stelle getretene Concursmasse zu erheben. So wenig nun diejenigen, welchen die rei vindicatio oder die Publicana actio zustehen würde, wenn der Cridar die betreffende, von ihm auf den jetzigen Erwerber übergegangene Sache besäße, auch in dem Falle zur Liquidation im Concurse genöthigt sind, in welchem sie selbst die Sache besitzen; ebensowenig kann zu einer solchen Liquidation der besitzende Pfandgläubiger genöthigt werden. Er hat als Besitzer keine Veranlassung zur Klage und kann daher nicht zur Erhebung einer solchen im Liquidationstermine bei Verlust derselben verbunden sein, und gar für den Fall der Präclusion gerichtlich zur Herausgabe des Pfandes angehalten werden. Dieß würde eine Umkehrung aller Verhältnisse sein und der s. g. Universalität des Concurses zu Liebe ein Klagerecht da schaffen, wo es dem materiellen Rechte nach nicht einmal gegeben ist, um in weiterer Verfolgung dieser juristischen Unmöglichkeit den in ruhigem Besitze gebliebenen Pfandgläubiger seines Besitzes, und damit seiner gesicherten Stellung als Beklagter im Processe zu berauben. Ich habe außer Somoza keinen einzigen Schriftsteller finden können, der eine solche Behauptung auch für den antichretischen Pfandgläubiger aufstellte. In den zahlreichen Dissertationen über die antichresis ist die Frage nicht

jure consignationis simplicis, aut jam cum cessione jurium et etiam procurator in rem suam constitutus, ut ex ejus fructibus annuatim percipiendis sibi satis faciat, aut tertius in depositum, vel sequestrum rem detineat.

7) v. Gönner Handbuch des deutsch. gem. Prozesses Bd. IV. Abth. 82 §. 10 S. 520.

speciell berührt, Alle lehren aber einstimmig, daß der antichretische Pfandgläubiger nicht eher zur Herausgabe des Pfandes verbunden sei, bis er vollständig wegen seiner Forderung befriedigt worden.[8]) Aus einer Aeußerung von Lauterbach[9]) kann man schließen, daß er den antichretischen Pfandgläubiger nicht für verbunden erachtet, das Pfand vor erlangter Befriedigung in die Concursmasse abzuliefern. Happel[10]) lehrt aber ausdrücklich, daß die angeführte Stelle aus Marcian in fr. 11 §. 2 D. XX. 1, keinen Zweifel darüber lasse, daß dem Benutzer eines unbeweglichen Pfandes bis zu seiner gänzlichen Befriedigung ebensowohl der Besitz zugesichert sei, als dem Inhaber eines Faustpfandes.

§. 3.

In den Reichs- und Partikulargesetzen wird die Frage nicht ausdrücklich berührt, allein es wird überall der Grundsatz aufgestellt, daß erst nach der Ablösung das Pfand zurückzugeben sei.[11])

8) Holler: De antichresi. Argentor. 1649 Nr. 59. — Statius Schmidt. Marburg 1686 cp. 1. theor. II. — Zach. Pitiscus Erfordia 1690. Th. II. Kersting. Erfurt. 1706 §. 20. — Möschell in Fridericiana 1708. — Lehmannus de creditore antichretico Lips. 1715. — Pörner de parto antichreti Erford. 1726. — Wientzeck de credit. antichret. Jen. 1733. — Seidelius de antichresi Wittenberg 1734. — Weyland. De antichr. Argentor. 1741. §. 20. Beitler. Circa antichresin etc. Tubing. 1767. Weber. Tractatio jurid.-mathem. de pacto antichret. Goetting. 1772. Hanker. De vera indole et natura antichreseor. Gissae 1782. Wichelhausen. Analecta ex antichresi. Goetting. 1792. Liedts. De pacto antichret. Gandae 1823.

9) Dissertationes academic. 1728. Th. I. Disput. 9. §. 66. pag. 253. Nec emtor aut similis successor, in quem rei dominium translatum est, creditori rem antichreticam ante debitum solutum auferre potest.

10) Die Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder und antichret. Versatze bes. bei ausgebroch. Concurse. 1802. S. 381.

11) Instrument. pac. Osnabruc. v. 1648. §. 27. reddita sorte oppignorationes restituendae — bei Emminghaus Corp. jur. Germ. 2. Ausg. S. 452. Württemberg. Landr. Th. II. Tit. 7 „solche Güter zu nützen, bis sie gelöset werden." — Solmser Landr. von 1571 Th. II. Tit. 15 „daß er dasselbig nutzen möge bis zu der Ablösung." — Rhein und Wildgräf. Landesordnung von 1754. VII. Th. §. 4 bei v. d. Nahmer Handbuch des Rheinischen Partikularrechts I. S. 859. „Im Uebrigen hat der Schuldner, wenn er das versetzte Gut einlösen will, — — Aufkündigung zu thun."

Im Code civil ist ebenfalls dieser Satz aufgenommen [12]), und weiter bestimmt, daß Rechte Dritter durch die Bestellung der übrigens nur schriftlich zu errichtenden Antichrese nicht alterirt werden.

Dagegen ist in dem neuesten Entwurfe einer Prozeß-Ordnung für das Großh. Hessen vom 20. Januar 1856 art. 871 bestimmt: Hat der Gantschuldner Vermögensgegenstände einem Andern vor der Ganteröffnung zum unentgeltlichen Gebrauche überlassen oder einem Pfandgläubiger die Pfandnutzung eingeräumt, so lösen sich diese Verträge mit der Ganteröffnung auf. Der Entleiher und Pfandgläubiger sind sofort die betreffenden Gegenstände an die Gantmasse abzuliefern verbunden. Etwa begründete Gegenansprüche an den Gantschuldner können sie bei dem Gantgerichte liquidiren. — Ein Gleiches gilt auch in dem Falle, da der Gantschuldner eine ihm angehörige Sache einem Andern zur unentgeltlichen Aufbewahrung übergeben hat.

In den Motiven S. 179 VI ist kein besonderer Grund dafür angeführt worden, daß der Depositar, Commodatar und Pfandgläubiger in eine Klasse geworfen worden, obgleich die große Verschiedenheit zwischen Jenen, die nur ein persönliches Recht mit Innehabung der Sache erlangen, und dem Pfandgläubiger der ein dingliches Recht in der in seinem juristischen Besitze befindlichen Sache hat, sogleich in die Augen springt. Nur bei den Pfandgläubigern, welchen ein Absonderungsrecht zusteht, ist nach art. 830 eine Ausnahme gemacht, sie brauchen die Pfänder nicht zur Gantmasse abzuliefern. Ein solches Absonderungsrecht ist aber denjenigen Faustpfandgläubigern nach art. 32 des revidirten Entwurfes: von der Rangordnung der Gläubiger v. 30. Januar 1854 eingeräumt, die nach art. 181 u. 183 des revidirten Entwurfes über das Pfandrecht ein gehörig speciell registrirtes und dadurch zur Publicität gebrachtes Faustpfand erlangt haben.

Consequent müßte daher auch bei Immobilien, wenn aus dem Hypothekenbuche deren Uebergabe an den Gläubiger zur Pfand-

12) Art. 2087. Le débiteur ne peut, avant l'entier acquittement de la dette, reclamer la jouissance de l'immeuble, qu'il a remis en l'antichrèse. Art. 2091 et 2085.

nutzung hervorgeht, ein solches Absonderungsrecht mit der Befreiung von der Anmeldung im Concurse, eingeräumt werden. Die Tradition bei Constituirung eines dinglichen Rechtes hat denn doch wohl ihre Bedeutung, der Pfandgläubiger kann mit dem Commodatar oder Depositar offenbar nicht auf gleiche Linie gestellt werden, vielmehr können nur einzelne bevorzugtere Pfandgläubiger, wofern sie aus der Gantmasse keine Befriedigung erlangen, und, sind nur chirographarische Gläubiger in dem Concurse aufgetreten, diese nur mit Hülfe der actio Pauliana, die Wirkungen der geschehenen traditio entfernen.[13])

Dabei ist im Entwurfe auch keine Rücksicht darauf genommen, daß der Pfandgläubiger berechtigt ist, die Sache weiter in Antichrese zu vergeben. Soll hier der zweite oder dritte Besitzer, ohne daß er mit dem Gantschuldner in Vertragsverhältnissen steht, dennoch sofort unter Aufhebung seines Besitzrechtes zur Ablieferung des Pfandgegenstandes verbindlich sein? Müssen ferner sämmtliche Vor- und Nachhypothekgläubiger im Concurse sich anmelden? Alle diese Schwierigkeiten würden entfernt bleiben, wenn der allein richtige Grundsatz aufrecht erhalten würde, daß der antichretische Pfandgläubiger, ebensowenig wie der Faustpfandgläubiger gehalten sei, sich in dem Concurse des ursprünglichen Schuldners anzumelden und gar sein Pfand in die Masse abzuliefern.

§. 4.

Die deutsche Praxis hat an dem soeben erwähnten Satze auch stets festgehalten. Cramer führt ein Erkenntniß des Reichskammergerichtes v. 22. Juni 1742 an, welches sich zwar auf den Faustpfandgläubiger bezieht, allein er bemerkt dabei: sententia, quod creditor, — — expacto cum debitore inito, hypothecum possidens, non teneatur eam dimittere, verior est[14]), so daß es keinem Zweifel unterliegen kann, der antichretische Pfandgläubiger

13) §. 6 I. de art. IV. 6. Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis ejus ad creditoribus possessis ex sententia Praesidis, permittitur ipsis creditoribus, rescissa traditione, eam rem petere i. e. dicere, eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse.

14) Cramer. Observat. juris univ. Th. I obs. 336.

sei hierunter mitbegriffen. Ferner müssen alle Praktiker hierher gerechnet werden, welche dem Faustpfandgläubiger das Recht zugestehen, daß er sich um den Concurs des ersten Verpfänders durchaus nicht zu kümmern brauche, weil bei dem antichretischen Pfandgläubiger noch in höherem Maaße die für jenen Satz angeführten Gründe in Anschlag kommen.

In der neuesten Zeit wurde bei dem Hofgerichte in Gießen in dritter Instanz ein nicht uninteressanter Rechtsfall auch in diesem Sinne entschieden.[15]) A hatte dem G angeblich 130 fl. dargeliehen und dafür eine Wiese in antichretischen Versatz übergeben erhalten, worüber eine im Hypothekenbuche eingetragene Urkunde von 1808 errichtet worden war. A gab diese Wiese sodann 1815 dem S unter Aushändigung des Pfandbriefes auf ein Anlehn von 100 fl. in Afterversatz, und der Sohn und Erbe des S gab die Wiese endlich 1839 dem Sohne und Erben des G (des ursprünglichen Verpfänders) gegen Rückzahlung von 100 fl. zurück. A war immittelst im Jahre 1816 in Concurs gerathen und die Masse im Jahre 1850 auf v. B übergegangen, welcher nun gegen den Besitzer G die Pfandklage erhob, weil S im Concurse des A seine Darlehnsforderung von 100 fl. nicht angemeldet habe, folglich unter den allgemein präcludirten Gläubigern mitbegriffen sei, und daher seine erloschene Forderung und das damit auch erloschene Pfandrecht nicht mehr an G jun. habe übertragen können. Der Bekl. G schützte vor, daß er die Wiese, welche trotz der Verpfändung (für jedoch nur 75 fl. nicht 130 fl.) im Eigenthume seines Vaters geblieben sei, von diesem ererbt, und durch Zahlung von 100 fl. an S von dem darauf noch haftenden Pfandrechte befreit habe; er besitze die Wiese seit länger als 10 Jahren im guten Glauben als freies Eigenthum und habe daher das letztere daran ersessen, v. B habe sich aber bei der Vorladung der Gläubiger gelegentlich der Erneuerung der Hypothekenbücher nicht angemeldet und sei daher auch aus diesem Grunde jeder Anspruch erloschen.

Bei der Beurtheilung der Sache wurde von der Majorität des Collegs angenommen, daß A dem S seine Ansprüche an G und

15) Urtheil vom 16. Mai 1856 in Sachen von Breidenbach gegen Bauaufseher Grebe zu Wallau.

an die Pfandwiese gegen Zahlung von 100 fl. habe abtreten wollen, man ließ aber dennoch dem v. B den Beweis nach, daß das von A dem G gegebenen Darlehn 130 fl. betragen habe. — Die eigentliche Frage, um welche es sich drehte, wurde dadurch umgangen, weil damit nicht entschieden wurde, ob S, der doch Darlehnsgläubiger des A, ungeachtet der Afterverpfändung der Wiese an ihn, geblieben war, sich in dessen Concurse hätte melden müssen, da er zur Zeit desselben von G noch nicht befriedigt worden war, ja diesen noch nicht einmal von der Afterverpfändung in Kenntniß gesetzt hatte. Wenn man auch annehmen kann, daß bei der Afterverpfändung zugleich die Forderung an den ursprünglichen Schuldner mitverpfändet ist, so wird dadurch doch die Haupt-Forderung des Afterpfandgläubigers gegen seinen Schuldner (den ersten Pfandgläubiger) keineswegs aufgehoben, es tritt keine Novation ein, sondern es tritt nur zur Sicherheit der Hauptforderung accessorisch noch eine andere hinzu. Bleibt also trotzdem die Frage noch bestehen, ob der antichretische Pfandgläubiger in dem Concurse seines Auctors sich anmelden muß, wenn seine Hauptforderung und damit auch die von jener abhängige Nebenforderung zu seiner Sicherheit, zum Vortheile der Masse nicht präcludirt werden soll, so konnte sie, wie dem Resultate nach auch geschehen ist, nur dahin entschieden werden, daß eine Anmeldung des S im Concurse des A keineswegs nothwendig war, daß G aber auch durch Bezahlung des S das Pfand, insoweit es diesem für die Schuld des A haftete, (also für 100 fl.) befreite. A konnte auch wohl nicht die Absicht gehabt haben, gegen Zahlung von 100 fl. seine Rechte an der Pfandwiese völlig aufzugeben, wenn ihm diese für 130 fl. — also 30 fl. weiter, verpfändet gewesen war.

Uebrigens wurde noch angenommen, daß der Erbe des ursprünglichen Verpfänders sich nicht auf Ersitzung der Pfandfreiheit berufen und ebensowenig eine Unterlassung der Anmeldung zum Zwecke der Erneuerung des Hypothekenbuches das Pfandrecht aufheben könne.